

O Real Papel do Julgador no Processo Penal Contemporâneo

Daniel Kessler de Oliveira

O Julgador e o Processo Penal

Estando o processo penal cada vez mais presente na mídia, dada a grande velocidade das informações propagadas pelos atuais meios de comunicação e o interesse da sociedade, em especial em grandes crimes, a postura do julgador frente ao processo assume especial relevância.

A sociedade, inflamada por estes pseudopenalistas, crê que será o rigor da lei e o punitivismo exacerbado o que poderá conter o avanço das ondas de criminalidade.

Disto resulta a relevância de adequar a atividade do julgador a uma melhor prestação jurisdicional, de modo a tornar a sistemática processual adequada aos ideais consagrados pela nossa Constituição Federal.

Enfrentando a função jurisdicional e a concebendo para efeitos acadêmicos, numa perspectiva simplificada, como mediadora/solucionadora dos conflitos, ao passo em que o poder jurisdicional localiza-se centrado nas mãos do juiz, cumpre tal figura a maior (e exclusiva) carga de responsabilidade pela distribuição das regras do jogo.

Com o fito de validar o sistema é inafastável o dever de respeito às regras processuais, constitucionalmente estabelecidas a partir da compreensão principiológica fundante da própria Democracia "Plena".

Portanto, no campo do Processo Penal, onde se discute bens jurídicos de extrema relevância e se tem o choque do poder punitivo com as garantias individuais, se justifica a necessidade de observância de um papel do juiz que se demonstre compatível com os preceitos constitucionais.

Pois, ao Estado, na medida em que encerra a autodefesa e assume o monopólio da justiça, frente à violação de um bem juridicamente tutelado, não cabe outra atividade que não invocar a tutela jurisdicional. Portanto, o processo como instituição estatal é a única estrutura que se reconhece legítima para a imposição de uma pena.

Dessa forma, é o processo o único caminho para que se tenha como legítima a aplicação de uma pena, demonstrando o modo pelo qual deve o sujeito processual ser visto pelo Estado e de que forma pode ser por este atingido.

Sendo assim, o processo é visto como um complemento necessário, uma garantia instrumental apta à efetivação das garantias penais materiais, e entendido que tal instituto, para que possa ser realmente concretizado, desassocia-se do exercício de poder e do ocorrido (juízo de verossimilhança).

O processo penal é um processo de partes, em que, diante de um juiz, que encarna o poder do estado de aplicar o direito objetivo, há um autor que pede a atuação da *voluntas legis*, e um réu que impetra a pretensão jurisdicional para anular a

pretensão do adversário. Assim, o juiz é o órgão exclusivamente encarregado da aplicação da lei penal, não lhe cabendo assumir a titularidade da pretensão punitiva ou do direito de liberdade do réu, pois, com isso, quebraria o equilíbrio que no processo deve existir.

Desta forma, sob uma perspectiva garantista, o processo consiste na tutela de valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, é o fim justificador do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos mais fracos mediante regras de jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito também de sua verdade.

Calha dizer que, no bojo da representação cênica dos vértices da relação processual, o juiz escapa do "papel" de ator processual, uma vez que não lhe cabe atuar, no sentido de agir, mas sim, o papel de espectador e definidor do conflito.

Portanto, sendo o juiz parte integrante da relação processual formada no processo penal, deve a sua atuação balizar-se pelos ditames constitucionais e legais, uma vez que, na sua postura frente às partes, na sua atuação frente às provas, estará a real definição do sistema processual vigente.

Dessa forma, sendo a atividade jurisdicional a principal responsável por alcançar ou obstruir a tutela dos valores positivados nas constituições, tem-se que a legitimidade da jurisdição e a independência do judiciário encontram fundamentos justamente no reconhecimento da função do juiz, enquanto garantidor de direitos fundamentais.

Como diferenças fundamentais entre os sistemas (acusatório e inquisitivo), pode-se entender, junto à gestão da prova e valoração do indivíduo enquanto sujeito processual, pois enquanto o inquisitivo busca uma verdade máxima e substancial a todo custo, o acusatório busca uma aproximação histórica formal, empiricamente comprovável, obrigando-se a respeitar as garantias individuais do acusado, mesmo que isso torne inalcançável uma fiel reprodução dos fatos ocorridos.

Dessa forma, traduz-se a relevância de se buscar a definição do papel exercido pelo julgador, para que possamos vislumbrar o sistema processual que vigora de fato em nosso ordenamento e buscar adequá-lo aos ideais de proteção fundamental do cidadão, como um sujeito de direitos e garantias.

A Figura do Julgador no Sistema Inquisitivo: O Mito da Verdade Real

É sabido que a atuação de um julgador frente ao processo é o ponto nevrálgico para a definição de um sistema processual, por isso a extrema relevância de se tratar do papel do juiz frente ao processo penal em sua compreensão contemporânea.

Dessa forma, o sistema inquisitivo, no tocante à atuação do juiz, qualifica-se, basicamente, pela não separação das atividades de acusar e julgar, mediante poderes instrutórios concedidos ao julgador.

A característica fundamental do sistema inquisitório, na verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado, sendo a "vantagem" desta estrutura

a possibilidade de o juiz, mais fácil e amplamente, informar-se sobre a verdade dos fatos, mesmo que não contidos na acusação, dado o seu domínio único e onipotente do processo, em qualquer das fases.

O sistema inquisitório, no sentido pelo qual hoje se conhece, é marcado pela existência de uma verdade absoluta, e acaba justificando toda sorte de meios para o encontro desta.

Todavia, Norberto Cláudio Pâncaro Avena não ignora a posição de afronta ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, ocasionada pela produção oficiosa de provas, mas entende que não há esta incompatibilidade na busca pela verdade real, pois, ao assim agir, o magistrado não estaria substituindo as partes no processo, mas tão somente ordenando diligências, no intuito de saber a realidade como efetivamente ocorreram os fatos.

Em linha semelhante, também Mirabete entende que com o princípio da Verdade Real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa, numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes.

A busca por esta verdade real constitui um princípio axiomático do processo penal, no qual se colocam o juiz como sujeito privilegiado e as partes como auxiliares, dadas as características do nosso processo penal, todos em atividade instrutória incessante que se orienta no descobrimento da verdade.

Compactuando com tal entendimento, Guilherme de Souza Nucci refere que:

"Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade."

Dessa maneira, o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz, o juiz acusador, que formula uma hipótese e realiza a verificação. A verdade admitida como "*adaequatio rei et intellectus*" é atingível e deve ser alcançada. Esta verdade, já existente na mente do julgador, deve ser atingida solipsisticamente. O contraditório perturba essa investigação, uma vez que o maior perigo é a poluição daquela prova já postulada, o que justifica o sigilo do processo, a ausência do indiciado ou seu defensor na aquisição da prova que poderá servir para fundamentar a condenação.

Assim, o julgador busca e, ao mesmo tempo, valora o meio de prova e a metodologia de busca dessa prova como lícitas, atuando ativamente na busca da prova e depois a processando valorativamente. Neste modelo inquisitorial chega-se à verdade, indo além, à verdade material, até mesmo com a tortura, pois este era o meio clássico de se "arrancar" a verdade. Portanto, as regras são todas determinadas pelo magistrado e, quanto menos regras, menos limites à atuação estatal.

A doutrina que defende esta atuação do julgador entende esta verdade a ser buscada como sendo um objetivo precípua do processo penal, um dogma. No entanto, este dogma se encontra em franca decadência, pois hoje se sabe que a

verdade a ser buscada é aquela processualmente possível, dentro dos limites impostos pelo sistema e pelo ordenamento jurídico vigente.

Uma análise de um fundamento de uma decisão judicial sempre passa por se discutir que "verdade" que foi buscada e alcançada no ato decisório. Daí a relevância de se desconstituir este mito da verdade real, na medida em que é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo) típicos do sistema inquisitório.

A verdade buscada pelos sistemas inquisitoriais constitui, em real sentido, um objetivo inalcançável, utópico, uma vez que esta verdade, denominada real, representa, na realidade, uma acepção dos fatos do julgador, que já formou a sua convicção pelos seus critérios subjetivos e necessita de elementos para justificá-la. Outrossim, é praticamente impossível declarar-se, com certeza, que um fato representado através das provas obtidas pelo processo penal é idêntico a um fato passado.

Sobre a verdade real, assim definiu Francisco das Neves Baptista:

"A única concepção possível, assim, de uma verdade real parece ser de uma formulação cognoscitiva, isto é, uma proposição do intelecto – um juízo, enfim – que reflita algo que preexiste e subsiste ao próprio conhecimento de sua entidade ou existência."

Vale ressaltar que atualmente se tem o entendimento de que inexistem grandes distinções, do ponto de vista conceitual, sobre a verdade material, formal, processual ou real, uma vez que a distinção se daria pelos limites distintos para a obtenção da verdade, o que não implica dizer que haja "verdades" distintas.

Nas palavras proferidas pelo criminalista Amadeu Weinmann, a verdade é uma máxima que não permite adjetivação. Verdade real é mentira!

Portanto, o maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma cultura inquisitiva que acabou se disseminando por todos os órgãos responsáveis pela persecução penal. A partir disto, as práticas probatórias mais diversas ficam autorizadas pela nobreza de seu propósito: a verdade. Em decorrência disto, adveio uma crença inabalável de que a verdade estava efetivamente ao alcance do estado, o que culminou na implantação da ideia da necessidade inadiável de sua perseguição como meta principal do processo penal.

O julgador inquisitivo, desta maneira, já detém em si a verdade absoluta, e busca, junto ao acusado, a existência de elementos que não empiricamente verificáveis, eis que referentes ao "estado de alma" da pessoa.

Assim, tal modelo se estrutura na negação do contraditório e, na junção laboral de acusação e julgamento, desenvolve um primado das hipóteses sobre o fato. Desta forma, dotado de um fato, o inquisidor procede à busca incessante de sua afirmação, independentemente dos fatos que lhe são apresentados, o que faz com que tal sistema abdique dos critérios objetivos para o embasamento da decisão, recorrendo, tão somente, à análise subjetiva do julgador sobre o seu objeto de investigação: o acusado.

No entanto, a verdade possível de ser obtida processualmente possui uma série de vicissitudes, uma vez que, dada a própria relatividade do conhecimento, decorrente não das limitações da razão humana, como também da largueza dos atos necessários a obtenção desta exatidão, faz com que seja a sentença penal assentada num juízo controvertível que lhe extrai, precisamente, o cunho de definitividade em relação ao conflito básico, entre os direitos individuais do cidadão e o interesse punitivo do estado.

Com isto, mesmo que o julgador adira à concepção realista da verdade (crendo ser de fato alcançável esta verdade real, capaz de traduzir com exatidão os fatos ocorridos), não terá o julgador como assegurar-se da própria isenção, ao idear o objeto de conhecimento.

Vale frisar que não se está aqui a negar que um processo deve ter como objeto a verdade, mas tão somente a demonstrar que não pode servir esta busca por uma tal "verdade real" um elemento autorizador de excessos por parte do Estado.

Mesmo que se tenha como impossível atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade, uma vez que tal renúncia seria abdicar de uma decisão justa.

A respeito da existência de uma verdade real ou material a ser buscada, assim leciona Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

"Conceitos como 'verdade absoluta' ou 'verdade material', mais serviram para justificar abusos processuais do que para contribuir para uma melhoria da eficácia epistemológica do processo como instrumentalização de justiça. Negar tais conceitos e afirmar que a verdade deve ser entendida como 'elevadíssima probabilidade' é um caminho seguro para a busca da justiça."

No entanto, esta busca tem de ser limitada, pois uma decisão justa somente pode ser obtida por meio de um processo justo e este não se compadece com violação alguma de garantia fundamental do indivíduo. Assim, a verdade necessária à conclusão justa do processo é a que se pode atingir sem arranhaduras na integridade humana do cidadão, não uma verdade real arrancada a qualquer preço.

Porque de nada serve lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isto esbarra na atuação substancialista na busca por uma inalcançável verdade real.

Uma vez que não se pode permitir aos agentes estatais a faculdade de ilimitadamente interferir na vida pessoal de cada um, a pretexto de atingir-se uma verdade real necessária à decisão repressora, em contrapartida, ter-se-ia o indivíduo inerme entregue à insana tarefa de contraditar a verdade do Estado, construída com a massa do poder público. A despeito disto, é consabida a frequência de incursões policiais abusivas, especialmente em áreas de população mais humilde, onde se sabe serem levadas a cabo operações policiais originadoras de prisões, inquéritos e ações penais, onde a verdade é o que os agentes de segurança pública gostariam ou teriam interesse que tivesse acontecido.

Assim, tem-se, no processo inquisitório, reforçado o mito da verdade (notoriamente a real), e estrutura-se um procedimento que dá ao juiz a gestão da prova para ele atuar ativamente, na busca desta, em nome de uma pseudoverdade.

Ademais, a proteção da liberdade no processo supera o princípio da verdade real, ou então o princípio da verdade deve ser entendido em defesa da liberdade, pois sem respeito à liberdade não se alcança a verdade, ou ainda, em defesa da liberdade, o direito pode sacrificar a própria verdade, pois o direito à liberdade, para o Direito, está acima da verdade!

Por fim, o sistema inquisitivo demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar aos cidadãos as mínimas garantias do respeito à dignidade da pessoa humana.

A Figura do Julgador no Sistema Acusatório

De forma a distinguir-se do sistema inquisitivo, muitos aspectos poderiam vir a ser levantados. No entanto, aqui trataremos tão somente da atuação do órgão julgador frente a um sistema acusatório.

Até mesmo porque a posição do juiz é cerne da questão, na medida em que, ao sistema acusatório, lhe corresponde um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que esperto, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.

Portanto, o sistema acusatório tem como imprescindível a imparcialidade que deve nortear a atuação da atuação do Juiz Criminal, que não se coaduna com a feitura direta e pessoal de diligências investigatórias, estando claramente divididas as três funções básicas da justiça penal: o Ministério Público acusa, o advogado defende e o juiz apenas julga, em conformidade com o que foi trazido pelas partes.

No sistema acusatório, a produção de provas é de incumbência total das partes, totalmente distinto do que ocorre no sistema inquisitivo, onde é o juiz o único que busca a verdade. Aliás, nem há o que se falar em prova das partes no sistema inquisitivo, uma vez que neste não existem partes, sendo que a função de acusar pertencia ao juiz, enquanto o acusado nem sequer era sujeito de direitos, mas um simples objeto de provas.

Assim, em um sistema acusatório, o juiz tem, primordialmente, a função de garantidor das regras do jogo, cabendo às partes apresentarem suas provas, lícitamente obtidas, razão pela qual é imprescindível a paridade de armas. Assim, o acusado é sujeito de direitos, pois pode se defender em posição de igualdade frente à acusação, buscando apresentar o que lhe couber de necessário.

Em decorrência disto, tendo os direitos fundamentais sido acoplados nas constituições, notoriamente houve uma mudança na relação estabelecida entre o juiz e a lei, bem como destinou à jurisdição a função de garantia do cidadão frente a quaisquer violações, ilegalidades, concretizadas pelo Poder Público.

Importante ressaltar que no sistema acusatório não se está se abstendo de se encontrar uma "verdade". No entanto, como se falar em uma busca por uma verdade real se existem obstáculos formais a impedir este alcance? Assim, a solução para a afirmação da não contradição do sistema é a visão de que o princípio da verdade real deve ser interpretado como princípio válido de proteção ao acusado, ou seja, ele existe para impedir que o inocente venha a ser condenado,

pois as limitações formais existentes são garantias aos acusados, visando harmonizar o direito de punir do Estado, que inclusive usa sistemas inquisitoriais de investigação para sustentar o seu direito de punir.

Enquanto o sistema inquisitivo, como antes demonstrado, busca uma verdade material, absoluta, real, o sistema acusatório busca uma aproximação histórica formal, empiricamente comprovável. Assim, se obriga a respeitar as garantias do indivíduo, mesmo que o dito respeito torne inalcançável uma fiel reprodução dos fatos ocorridos; para realizar tal objetivo, institui o *actum trium personae*.

A limitação do que venha a ser a "verdade" no campo processual é de suma relevância, haja vista que aparece classificada como primeiro fundamento a embasar a própria independência do Poder Judiciário frente aos demais, sendo somente através de tal princípio resguardado ao julgador a possibilidade de julgar um caso, ainda que em desacordo com a vontade geral.

Todavia, a real distinção dos sistemas, ainda que pela ótica da atuação do julgador, não está adstrita tão somente a esta busca por verdade e pela gestão probatória, pelo menos não em uma definição simplória de tais termos.

Para uma real definição do sistema, é necessário designar uma dupla alternativa, de um lado modelos opostos de organização judicial e, de outro, métodos diferentes de averiguação judicial. Do primeiro se verifica distintas concepções de juiz, enquanto do segundo advêm dois tipos diversos de juízos. Portanto, considera-se acusatório todo o sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo, rigidamente separado das partes, e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentando a defesa em um juízo contraditório, oral e público, resolvido pelo juiz segundo sua livre convicção.

Nesse rumo, Ada Pellegrini Grinnover define os aspectos gerais de um processo acusatório à luz de nossa atual legislação:

"a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforismo latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural."

Assim, em um sistema acusatório, não se pode permitir uma atuação instrutória do julgador na produção de provas por parte deste, que deve ser equidistante e imparcial.

Pois, ao se possibilitar tal atuação por parte do juiz, se estará abrindo a este a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.

Assim, tem-se como notadamente distintas as atuações dos julgadores frente aos sistemas processuais abordados. No entanto, tal distinção afeta muito mais do que

simplesmente uma sistemática processual ou um método de persecução penal, vindo a influir, até mesmo, na estrutura do Estado.

Não se pode olvidar da íntima relação entre sistema acusatório e o Estado Democrático de Direito idealizado em nossa Constituição, uma vez que, atribuir poderes instrutórios a um juiz, em qualquer fase de um processo, é um grave erro, que acarreta a destruição completa de um processo penal democrático.

Portanto, é necessário se ter um processo pautado pelas diretrizes acusatórias, que se balizam pelas garantias individuais, uma vez ser este o pressuposto de uma democracia, ante a íntima ligação do sistema penal para com a estruturação do Estado.

Isto se verifica, outrossim, inegável e perceptível aos olhos de quem busca enxergar relação entre a constituição e os ideais democráticos de um Estado, haja vista que ao se referir a Estado de Direito, subtende-se, no ponto de vista das garantias, um Estado Constitucional de Direito.

Pois, a um processo penal utilitarista, antigarantista, corresponderá uma Constituição autoritária. Contudo, a uma Constituição como a nossa, democrática em sua essência, obviamente deverá corresponder um processo penal democrático, servindo como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.

O Real Papel do Julgador pela Égide da Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição Federal, finalmente o nosso país teve uma carta com disposições que balizavam o ideal de estruturação de Estado Democrático, centrado nas garantias individuais, na valorização do cidadão e, acima de tudo, na dignidade da pessoa humana.

Parece-nos clara, parece-nos óbvia a eleição por um Estado Democrático, sendo a estruturação deste, inclusive, um dos objetivos traçados em nossa Carta Constitucional.

Sobrevirão questionamentos acerca das disposições constitucionais, considerando abusivas as garantias individuais concedidas ao cidadão, considerando utópico e excessivamente garantidor o Art. 5º do nosso texto constitucional.

Todavia, tais questionamentos não merecem prosperar. Ora, temos uma Constituição Democrática que recém completou duas décadas de existência, que foi resultado da luta de muitos jovens, homens e mulheres, que desejavam pôr fim a uma história de opressão, de arbitrariedade e totalitarismo do Estado.

Vivenciamos sombrios momentos em nosso País, onde as garantias individuais eram inexistentes ante a necessidade de zelar pela "ordem" e pela "paz" social e, agora, questionamos as garantias que obtivemos.

O nosso Estado manteve-se soberano, mas ao lado de sua soberania, consagrou a dignidade da pessoa humana, devendo esta sempre ser observada, respeitada e perseguida por todo o cidadão.

O poder punitivo do Estado sucumbe ante a necessidade de se valorizar as garantias fundamentais do indivíduo, ante a necessidade de se buscar um Estado Democrático de Direito, que somente será possível com o respeito à vida, à liberdade, à dignidade do ser humano.

Aqueles que questionam o elevado grau de garantias concedido a um cidadão não podem olvidar-se de sua eterna condição de cidadãos e que, por mais que circunstâncias socioeconômicas os distingam dos demais, somos todos partes de um só, todos cidadãos, sujeitos de direito.

Portanto, uma leitura do processo penal deve, necessariamente, ser constitucional, visualizando o processo como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Faz-se necessário se ter em mente que a Constituição deve efetivamente constituir, para que se possa compreender que o fundamento legitimante do processo penal se dá pela instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição.

Assim, o constitucionalismo, advindo do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, "constitui-ação" do Estado.

Por isso a relevância de se efetivar a filtragem constitucional das disposições legais, uma vez que a norma processual, ao lado de sua função de aplicação do Direito Penal, tem a missão de tutelar os direitos individuais contemplados nas constituições e nos tratados internacionais, daí a conclusão de que o processo penal de um país o identifica como Estado totalitário ou democrático.

Daí decorre, de forma lógica, que a questão se torna até mesmo mais política do que técnico-processual, uma vez que a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo de Estado que o instituiu e das relações deste Estado com os seus cidadãos, sendo a relação processual penal uma relação entre Estado e indivíduos ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade.

Por isso que um processo penal efetivamente garantidor é um pressuposto para que tenhamos uma democracia. Um texto processual penal deve trazer a certeza de que ao acusado, apesar do crime supostamente praticado, deve ser garantida a fruição dos seus direitos previstos especialmente na Constituição Democrática de Direito.

Indispensável destacar que aos magistrados, no Estado Democrático de Direito, incumbe, outrossim, a interpretação da Constituição na direção de que os direitos sociais sejam observados e implementados. Assim, é necessário que os julgadores de fato apliquem a Constituição, tornando-se agentes transformadores da realidade social.

A necessidade de se efetivar tais garantias advém de serem, propriamente, estas disposições constitucionais que exercerão o freio ao direito de punir que, necessariamente, o Estado detém sobre o cidadão.

Dessa forma, este direito de punir não é autoexecutável, dependendo de apreciação jurisdicional, que sempre ocorrerá mediante a provocação de uma ação penal pela parte que detenha legitimidade para tal.

No entanto, no procedimento inquisitório, não existe a ação penal, mas tão somente o procedimento persecutório penal, por isso o juiz pode iniciar a instrução criminal *ex officio*. Todavia, processo criminal é sinônimo de procedimento acusatório, isto é, de atuação estritamente jurisdicional da autoridade judiciária, em que a imparcialidade do juiz decorre da circunstância de ser totalmente estranho à lide penal que vai decidir, conforme se conclui do próprio conceito de jurisdição.

Assim, a nossa Constituição Federal, ao elencar dentre os seus objetivos a manutenção de um Estado Democrático de Direito e ao contemplar as garantias individuais do cidadão, elegeu como seu sistema processual um sistema acusatório, com um julgador imparcial que exercerá o poder punitivo do Estado em consonância com os ditames constitucionais.

Ademais, inúmeros são os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, e o respeito a eles com certeza se verifica como fator determinante para a atuação do julgador e, conseqüentemente, para a verificação do sistema vigente.

A questão principiológica necessitaria de um aprofundamento maior, podendo ser objeto de outro estudo em separado. No entanto, impossível se referir a um modelo constitucional de processo sem adentrar-se nos basilares princípios que devem nortear a prestação jurisdicional, em especial a Presunção de Inocência (art. 5º LVII da CF).

Há, no processo penal, um dever substancial de provar a responsabilidade criminal do imputado, em razão da presunção de inocência, e este dever estará cumprido quando a acusação conseguir superar racionalmente qualquer espécie de dúvida acerca da inocência do réu. Até mesmo porque, no processo penal brasileiro, em razão de todas as dimensões da miséria, não há o que se falar em uma equivalência potencial das partes, o que justifica o dever, tão somente pertencente à acusação, de buscar a prova.

A respeito desta relação da carga probatória com o constitucional princípio da presunção de inocência, assim definiu Aury Lopes Jr.:

"É importante recordar que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência."

Assim, o processo penal conduzido pela égide de nossa Constituição Federal de 1988 deve, necessariamente, atender aos ideais nela traçados, atentando-se aos pilares de um Estado Democrático de Direito e norteado pelos basilares princípios contemplados constitucionalmente.

No direito pátrio atual, como já referido, vige o sistema acusatório (cf. Art. 129, I, CF 58), pois a função de acusar foi entregue privativamente a um órgão distinto: o Ministério Público e, em casos excepcionais, ao particular. Não se verifica a figura do juiz instrutor, pois a fase preliminar e informativa que temos antes da propositura da ação penal é a do inquérito policial, e este é presidido pela autoridade policial. E, por mais que durante o inquérito policial imperem o sigilo e a inquisitividade, uma vez instaurada a ação penal o processo torna-se público, contraditório, e são asseguradas aos acusados todas as garantias constitucionais.

Ademais, a democracia no processo penal projeta a tutela dos direitos fundamentais e a disciplina constitucional da divisão dos poderes em seu interior, resultando na implementação do princípio da divisão de funções do próprio processo, atribuindo-se a diferentes sujeitos as atividades principais de defender, acusar e julgar.

Portanto, tem-se que a atuação do julgador pelas diretrizes de nossa Constituição, necessariamente, deverá obedecer aos pressupostos democráticos e pautar-se no respeito às garantias individuais, além, é claro, de centrar a figura do juiz como um terceiro imparcial e equidistante.

Mesmo sendo notório que a legislação infraconstitucional permite a atuação ativa do julgador na gestão da prova, no caso de um juiz instrutor estes poderes inquisitivos têm um limite, que é a imparcialidade, o contraditório e a equidistância em relação às partes.

No entanto, esta imparcialidade não pressupõe um juiz integralmente neutro, dada a impossibilidade de se exigir que este, enquanto ser humano, se dispa de todas as suas convicções pessoais de modo a fazer com que estas não influenciem no seu convencimento.

Mas o juiz, enquanto parte no processo, necessariamente deverá ser independente, possuindo reais condições de formar a sua livre convicção. A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição e não da vontade da maioria. Assim o julgador adquire uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É, portanto, uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Ao tratar da nova atuação do juiz e de sua imparcialidade, Jacinto Coutinho diz não mais ser exigida uma neutralidade, mas a clara assunção de uma postura ideológica, definindo assim o que se espera do novo juiz:

"O novo juiz, ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar alheio à realidade; precisa dar uma 'chance' (questionado pelo seu desejo) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais. Acordar para tal visão é encontrar-se com o seu novo papel."

Portanto, sendo o processo penal reflexo de um estado democrático, necessariamente a posição e a atuação do julgador deverão obedecer aos preceitos democráticos, de modo a possibilitar a efetivação das disposições constitucionais, não bastando a posição imparcial e equidistante do julgador, devendo ser este um sujeito atuante e fiel no exercício de seu papel na democracia.

Assim, a Constituição Federal de 1988, por ser democrática e exigir um processo penal de igual forma democrático, necessariamente exige uma atuação do julgador nesse sentido, devendo a prestação jurisdicional sempre vir atenta aos preceitos Constitucionais e balizada pelos princípios contemplados em nossa Carta Maior que norteiam (ou deveriam nortear) o processo penal.

Portanto, o processo penal moderno, que se demonstra mais condizente com os ideais democráticos, obviamente deve pautar-se no respeito às garantias individuais do cidadão.

A democracia deve ser compreendida como um direito indisponível do cidadão e, com isto, deve adentrar obrigatoriamente o campo processual.

Esta democracia que representa o poder do povo representa um freio ao poder do Estado, demonstrando a este que do outro lado existe um cidadão, dotado de direitos e de garantias que se não respeitadas, retiram dele, Estado, o poder sobre os demais.

Se de fato desejamos um Estado que nos veja como um sujeito de direitos, que nos respeite enquanto cidadãos, dotados de garantias fundamentais, inabaláveis, devemos valorizar a nossa Constituição Federal.

Devemos dar a esta o valor hierárquico de normas que ela possui e enxergar as suas disposições não como algo utópico, mas como um objetivo a ser atingido, por cada um de nós, enquanto cidadãos de direito, enquanto seres humanos.

Por isso, um processo penal só será justo, só será adequado, quando constitucionalmente filtrado, quando balizado pelos ideais democráticos que criaram a nossa Constituição Federal e não pelos pensamentos fascistas que criaram o nosso Código de Processo Penal.

Assim, para que tenhamos algo mais justo, mais igualitário, devem ser expurgados de nosso ordenamento toda e qualquer norma que não vá ao encontro das disposições trazidas em nossa Constituição Federal, devendo o julgador atuar de forma condizente com este ideal, sob pena de permanecermos com um papel repleto de garantias, mas vivenciando uma realidade prática marcada por repressões, abusos de autoridade e injustiças, quase sempre em desfavor de uma minoria desprivilegiada.